

Doctrina

Por Laura Gurrea Martínez, abogada, economista y auditora de cuentas.

El momento de la pérdida de la condición de socio por la no distribución de dividendos y su calificación concursal

A propósito de la Sentencia nº4/2021 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021

El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, LSC) regula el derecho de separación del socio en el caso de que, cumpliendo unos determinados requisitos, la junta general no acuerde la distribución de un mínimo de dividendos, salvo disposición contraria en los estatutos.

Por tanto, el referido precepto nace con la finalidad de evitar el abuso —por parte de los socios mayoritarios— de privar del reparto de dividendos a los socios minoritarios cuando no existe causa justa para su denegación. De esta forma, se configura como un mecanismo que facilita la salida del socio minoritario que vea perjudicados sus derechos, permitiéndole percibir de la sociedad el importe del valor razonable de sus acciones o participaciones.

Este artículo, desde su entrada en vigor (con sucesivas suspensiones de vigencia), ha suscitado diversas dudas interpretativas a efectos prácticos y, consecuentemente, está generando una alta litigiosidad que, hasta que no se resuelvan por modificación de la norma, los tribunales están tratando de solventar.

En este caso, nos centramos en el momento en el cual se pierde la condición de socio cuando se ejercita este derecho, así como la calificación que tendría ese crédito en el caso de que la sociedad, antes de haber satisfecho el valor razonable de las acciones o participaciones al socio, se declare en concurso de acreedores.

Son tres las tesis defendidas por la doctrina y la jurisprudencia sobre cuándo se produce la pérdida de la condición de socio: (i) cuando el socio comunica a la sociedad su voluntad de separarse; (ii) cuando la sociedad recibe dicha comunicación, dada su naturaleza recepticia; y (iii) cuando se abona o consigna el reembolso de la cuota del socio, puesto que la comunicación es solamente un presupuesto del ejercicio del derecho.

Esta cuestión ha sido tratada por la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 15 de enero de 2021. De conformidad con la misma, cuando se ejercita el derecho de separación se activa un proceso que se compone de varias actuaciones: información al socio sobre el valor de sus participaciones o acciones; acuerdo o, en su defecto, informe de un experto que las valore; pago o reembolso (o, en su caso, consignación) del valor establecido; y, finalmente, otorgamiento de la escritura de reducción del capital social o de adquisición de las participaciones o acciones. Así,

entiende la Sala que, para que se extinga vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con la mera recepción por la sociedad de la comunicación del socio, sino que debe de haberse liquidado la relación societaria y, ello, únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Por tanto, mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición. En definitiva, solo deja de ser socio cuando se le paga el importe de su acción o participación social.

En relación con la clasificación que le correspondería a este crédito en caso de concurso, nuestro Alto Tribunal considera que, en el caso enjuiciado, sería la de subordinado por cumplirse los requisitos: subjetivo (al ser persona especialmente relacionada con el deudor de conformidad con el art. 93.2. 1ºLC, actual 283.1. 1ºTRLC) y objetivo (por la naturaleza del negocio jurídico). Respecto al requisito objetivo, entiende que, en cuanto el crédito de reembolso supone la recuperación de la inversión efectuada por el socio, tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad. Así, por cuanto que el crédito lo es por el reembolso de la parte del capital que corresponde al socio y el capital constituye parte de los recursos propios de una sociedad para hacer frente a las obligaciones a corto y largo plazo, el crédito tiene su origen en un negocio jurídico de análoga finalidad al préstamo, atendida la función económica de los fondos aportados para constituir la dotación del capital social.

La referida sentencia contiene un extenso voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Diaz Fraile, que discrepa tanto con el momento de pérdida de la condición de socio como en la clasificación del crédito. De acuerdo con este voto particular, el momento en que se hace efectiva la separación del socio, debería haber sido fijado en la fecha en que la comunicación del socio de su voluntad de ejercer

el derecho de separación llegó a la sociedad o, a más tardar, en la fecha en que la sentencia devino firme, considerando que el crédito del socio ya separado no debería ser calificado como subordinado.

Como argumentos utiliza, entre otros, la imposibilidad de coexistir simultáneamente en el patrimonio del socio el crédito de reembolso y las participaciones o acciones. Es decir, que si entra el crédito es, precisamente, porque esas participaciones o acciones salen de ese patrimonio. Estos argumentos son respaldados por la opinión ampliamente compartida y refrendada por la jurisprudencia de que, el momento que ha de tomarse de referencia para valorar el valor razonable es el momento de la comunicación. Este valor tiene en cuenta el balance a dicha fecha del que formarán parte tanto los beneficios retenidos como las reservas (STS 60/2020, de 3 de febrero). Por este motivo, carecería de sentido que, si el reembolso se satisface varios años después, el socio separado no pudiera participar, en su caso, en el incremento o disminución del valor de sus acciones o participaciones. Este momento también se ve refrendado en términos contables pues, como resulta de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo de 2019, una vez ejercitado el derecho de separación por cualquier causa, la sociedad debe reconocer como pasivo el crédito de reembolso con cargo a fondos propios.

Por otro lado, razona que, tampoco podría devengarse simultáneamente a favor del socio que ha ejercitado su derecho de separación, los intereses legales que reclame correspondientes al crédito desde que sea exigible, es decir, pasados dos meses desde la recepción del informe de valoración (arts. 1.108 CC y 356.1 LSC) y los dividendos correspondientes cuya distribución haya podido aprobarse desde el ejercicio del derecho de separación y el pago del crédito.

En nuestra opinión, nos inclinamos más por el voto particular en cuanto que, la pérdida de la condición de socio se produce en el momento de la recepción por la sociedad de la voluntad del socio de separarse. Parece lógico que, este momento, deba coincidir con el momento de valoración de las acciones o participaciones sociales puesto que, de otra forma, podría suceder que, debido al paso del tiempo transcurrido hasta el reembolso el socio (v. gr. por discrepancia por el valor de las participaciones), pudiera el socio verse beneficiado de los dividendos futuros de la sociedad (además, del valor de reembolso) o, en el caso de que se hubiera retenido esos beneficios, el socio, a pesar de continuar siéndolo, no podría participar en esas ganancias por haberse realizado la valoración en un momento muy anterior. Por otro lado, carecería de sentido que, este socio, mantuviera los derechos de información, asistencia y voto en las juntas e impugnación de los actos sociales. Sin perjuicio de que, en el caso de oposición por la sociedad, por negar la concurrencia de la causa de separación, se pudiera considerar el ejercicio de los derechos de socio ad cautelam para evitar daños irreversibles.

Por otra parte, discrepamos respecto a la calificación del crédito del voto particular puesto que, entendemos que, ese derecho de reembolso surge por ostentar la condición de socio, siendo a partir del momento, en el cual se reconoce el derecho de desembolso, cuando se pierde tal condición, es decir, en el momento del nacimiento del crédito se cumple con el requisito subjetivo de persona especialmente relacionada. Respecto al requisito objetivo, interpretamos que no se enmarcaría en la excepción de la subordinación porque, si bien, no procede propiamente de un negocio de financiación, se está encubriendo un negocio cuya finalidad económica es precisamente esa: la financiación del concursado. No obstante, también nos parece muy acertada la solución

propuesta por D. Segismundo Álvarez¹, quien, haciendo una interpretación sistemática de la normativa mercantil y concursal, concluye que debería considerarse subordinado el importe del capital del socio separado (en cuanto supone la recuperación de la inversión efectuada por el socio) y ordinario el resto, por cuanto no procede de préstamos o de actos con análoga finalidad, sin perjuicio de que pudiera pedirse la rescisión del reembolso en los mismos términos que en supuestos equivalentes como el reparto de dividendos.

En cualquier caso, salvo que el legislador regule y esclarezca estas cuestiones, tendremos que aplicar el criterio fijado por nuestro Alto Tribunal y que ha reiterado en dos sentencias posteriores (STS núms. 46/2021 de, 2 de febrero y 64/2021, de 9 de febrero) sentando jurisprudencia. Por tanto, siguiendo la misma, concluimos que: (i) la pérdida de la condición de socio como consecuencia del ejercicio del derecho de separación se produce en el momento en el que se satisface al socio el valor de su participación y (ii) al tener ese crédito naturaleza de préstamo o acto con análoga finalidad, si se cumple el requisito subjetivo, el crédito debe ser clasificado como subordinado.

¹ En *Derecho de separación y subordinación del derecho de reembolso en la STS de 15 de enero de 2021*, <https://almacenederecho.org/derecho-de-separacion-y-subordinacion-del-derecho-de-reembolso-en-la-sts-de-15-de-enero-de-2021>